

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO**

ÉLVIO RIBAMAR FERREIRA SILVA

**(IN) EFETIVIDADE DO CDC NO DIREITO DE
ARREPENDIMENTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIA
COMÉRCIO ELETRÔNICO**

**CACOAL/RO
2016**

ÉLVIO RIBAMAR FERREIRA SILVA

**(IN) EFETIVIDADE DO CDC NO DIREITO DE
ARREPENDIMENTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIA
COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Monografia Jurídica apresentada à Universidade Federal de Rondônia, *campus* de Cacoal, para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Me. Silvério dos Santos Oliveira.

CACOAL/RO
2016

Silva, Élvio Ribamar Ferreira
S586i (In)efetividade do CDC no direito de arrependimento das
relações de consumo via comércio eletrônico/ Élvio Ribamar
Ferreira Silva– Cacoal/RO: UNIR, 2016.
55 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Silvério Santos Oliveira

1. Direito do consumidor. 2. Arrependimento - Compra. 3.
Internet - Compra. I. Oliveira, Silvério Santos. II. Universidade
Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 349:366

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

ÉLVIO RIBAMAR FERREIRA SILVA

**(IN) EFETIVIDADE DO CDC NO DIREITO DE
ARREPENDIMENTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIA
COMÉRCIO ELETRÔNICO**

AVALIADORES

Nome do 1º avaliador Nota

Nome do 2º avaliador Nota

Nome do 3º avaliador Nota

Conceito_____

Cacoal_____ de dezembro de 2016.

Aos meus pais e irmãos, por todo apoio e incentivo no decorrer da minha vida pessoal e profissional.

À minha esposa Érica, pelo companheirismo e dedicação.

Aos meus filhos André e Gabriel, pelos momentos de ausência, em que estive dedicando-me aos estudos.

Ao meu filho Jesus, que brevemente chegará para completar a nossa felicidade.

Ao meu orientador, Prof. Me. Silvério dos Santos Oliveira, pela paciência e dedicação.

Aos meus amigos eternos, Eliamara, Leal, Maristela, Laurelino e Kelmisom, pelo apoio.

À médica oncologista, Dra. Kathia, pela compreensão e respeito às minhas decisões.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	09
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO	09
1.2 DO CONSUMERISMO	10
1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA DO CONSUMO	12
1.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	15
1.4.1 Princípio da Boa-fé Objetiva	15
1.4.2 Princípio da Informação	17
1.4.3 Princípio da Transparência	19
1.4.4 Princípio da Confiança.....	20
1.5 ASPECTOS GERAIS SOBRE INTERNET	21
1.5.1 Conceito.....	22
1.5.2 Criptografia – Uma abordagem geral	23
1.5.3 Criptografia Simétrica	25
1.5.4 Criptografia Assimétrica ou Assinatura Digital	26
2 VENDAS EFETUADAS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL	28
2.1 VENDAS A DOMICÍLIO.....	28
2.2 VENDAS À DISTÂNCIA.....	29
2.3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO	30
3 CONTRATOS DE ADESÃO.....	34
3.1 CONCEITO DE CONTRATOS DE ADESÃO	34
3.1.1 Elementos Caracterizadores do Contrato de Adesão.....	36
4 DIREITO DE ARREPENDIMENTO	38
4.1 EVOLUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO	38
4.2 DESPESA DO FRETE.....	43
4.3 PASSAGEM AÉREA	45
4.4 COMÉRCIO INTERNACIONAL	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	52

RESUMO

A sociedade moderna é consumidora em potencial, consome-se o tempo todo, quando se adquire um produto em um estabelecimento comercial, em casa ou mesmo no trabalho, na compra de um objeto qualquer por telefone, pelo catálogo, pela internet, por *telemarketing* ou até mesmo num *stand* de uma feira, tudo isso se caracteriza como ato de consumo. O presente trabalho tem como foco específico esclarecer a (in)eficácia do instituto jurídico do artigo 49 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que trata do direito de arrependimento do Consumidor mediante o qual lhe é facultado desistir, no prazo de sete dias e sem qualquer ônus, do contrato que tenha efetuado fora do estabelecimento comercial do fornecedor. O Direito deve atender às transformações ocorridas pelo desenvolvimento da Era Digital, de modo que suas normas não sejam apenas válidas, mas também eficazes, para que seus preceitos deixem de ser mera letra morta num papel e se vivifiquem na realidade.

Palavras-chave: direito de arrependimento do Consumidor. Internet. Compra.

ABSTRACT

Modern society is characterized as a potential consumer, we consume all the time, when we get a product in a commercial establishment, in our house or even at work. The purchase of any object by phone, catalog, internet, telemarketing or even a stand of a fair, characterizes an act of consumption. The present work has as specific focus to clarify the (in) efficacy of the legal institute of article 49 of the Brazilian Code of Consumer Protection, which deals with the right of repentance of the Consumer through which it is allowed to withdraw, within seven days and without Any liens, of the contract which he has made outside the supplier's business premises. The Law must be aware of the changes brought about by the development of the Digital Age so that its norms are not only valid, but also effective, so that its precepts cease to be mere dead letter in a paper and vivified in the reality.

Key words: right of repentance of the Consumer. Internet. Purchase.

INTRODUÇÃO

A presente monografia jurídica, cujo tema já denuncia, consiste em verificar a efetividade, ou não, do direito de arrependimento do Consumidor nas relações de consumo efetuadas fora do estabelecimento comercial do fornecedor, previsto no artigo 49 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

O direito de arrependimento na relação de consumo em questão consiste, em síntese, no rompimento do contrato e devolução do seu objeto quando a aquisição é feita fora do estabelecimento comercial, vez que o consumidor não tem a oportunidade de examinar fisicamente o produto, podendo este não corresponder à expectativa gerada pela publicidade do mesmo.

O estudo é essencialmente dogmático e bibliográfico, o que se justifica pela natureza interdisciplinar do direito do Consumidor e também pela atualidade do tema que determinou análise em várias obras, por não concentrar o assunto numa obra só.

Em razão do alcance da internet que possibilita a formação de contratos nacionais (entre partes localizadas em um mesmo país) e internacionais (entre partes localizadas em países distintos), faz-se necessária a delimitação geográfica.

Portanto, para fins deste estudo, serão considerados apenas os contratos celebrados no Brasil, é mais factível prever o exercício do direito de arrependimento quando de contratações realizadas com fornecedores dentro do território nacional, o que não afasta os diversos problemas de ordem prática para a efetivação do mesmo.

A escolha do direito de arrependimento no comércio eletrônico foi feita em razão de persistentes preocupações com o consumidor hipervulnerável (pessoas idosas, jovens, crianças, pouca escolaridade) e a exploração massificada dos fornecedores e provedores na concessão de créditos e ilusórias vantagens na aquisição da compra, fazendo com que o consumidor venha a se endividar, aumentando assim a inadimplência.

Analisa-se o prazo de reflexão, a contagem do prazo, a relação de consumo, a devolução das quantias pagas e despesas de envio, e o frete, onde foram ressaltadas as garantias do consumidor que tem o direito de ser restituído, sem ônus para ele, do abuso por parte do próprio consumidor, o caso de bens consumíveis.

1 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O movimento de proteção ao consumidor inicia-se na Europa, com o início da Revolução Industrial no século XVIII e com o aperfeiçoamento do Liberalismo Econômico do século XIX que consagrou o dogma da autonomia da vontade, através da liberdade de contratação e igualdade (formal) jurídica dos contratantes (CORDEIRO, 2005, p. 653).

Com as transformações sociais que surgiram nas últimas décadas do século XIX, e com a crescente massificação dos meios de produção, dá-se o surgimento da denominada sociedade de consumo, prevalecendo a produção de bens (produtos) pela mecanização, produção em série, etc.

Com isso, houve um aumento progressivo dos riscos gerados aos consumidores, por meio de falhas resultantes desse processo. Nesse contexto, verifica-se o domínio do crédito, marketing, da publicidade ilícita (abusiva e enganosa), práticas abusivas, cláusulas contratuais abusivas, falta de informação adequada, surgimento dos contratos de adesão, os quais diminuía ou impossibilitavam o exercício da liberdade contratual, bem como impunham dificuldades de acesso à justiça.

Deste modo, o contexto histórico-social, diante dos avanços tecnológicos dos meios de produção e da posição de inferioridade dos contratantes, passou a demandar por uma legislação moderna que resguardasse não apenas direitos, mas também, que punisse com rigor o desrespeito aos direitos estabelecidos em favor dos contratantes.

É nesse cenário que se desenvolve efetivamente a ideia de proteção ao consumidor, parte presumivelmente vulnerável, em posição de inferioridade, em face aos conglomerados econômicos, através do reconhecimento desta proteção na esfera dos poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário.

Entretanto, é recente a inserção da proteção do consumidor em texto constitucional, o que ocorreu, somente, com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, a proteção ao consumidor foi expressamente delineada no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência mundial (NISHIYAMA, 2002).

A Constituição da República de 1988 adotou a sistemática da proteção ao consumidor de forma ampla, conforme previsto nos artigos 5º, XXXII, 170, V, e no artigo 48

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); consagrando-a como direito fundamental.

Tal perspectiva consolida-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a qual positivou a proteção ao consumidor de forma específica, assegurando direitos individuais e coletivos, através da introdução de princípios contratuais, norteados pela sistemática dos preceitos constitucionais e pela concepção social de contrato esculpida na nova teoria contratual, os quais passaram a direcionar a interpretação da relação contratual de consumo. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que consagra princípios fundamentais da República, o mínimo essencial para proteção do consumidor e a sobreposição deste em relação aos demais ramos do direito, nos quais se evidencie relações de consumo.

Este foi erigido sob a égide de um sistema de proteção específica destinado ao consumidor, fundado na técnica legislativa das cláusulas gerais (de normas flexíveis, de caráter exemplificativo), visando a constante evolução da legislação consumerista, diante das demandas da sociedade, no sentido de viabilizar a proteção efetiva do consumidor.

Vale destacar, que no âmbito das relações de consumo, surge como pressuposto fundamental de reconhecimento da tutela do consumidor, o princípio da vulnerabilidade do consumidor esculpido no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. O princípio citado é reconhecido como o traço marcante, distintivo do Código de Defesa do Consumidor, estando relacionado, intimamente, com os princípios da transparência (artigo 4º, *caput* CDC) e da boa-fé objetiva (artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV do CDC), no intuito de garantir o reequilíbrio e a justiça nas relações contratuais de consumo (MARQUES, 2006).

1.2 DO CONSUMERISMO

Os mais significativos e importantes movimentos sociais que impulsionaram o consumerismo surgiram a partir dos anos 60, quando se sobressaíram as associações de consumidores nos Estados Unidos, questionando as práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, culminando com a consagração de direitos fundamentais do consumidor.

A consagração dos direitos fundamentais do consumidor no discurso do presidente norte-americano, John. F. Kennedy, em 1962, apresentou-se como um marco no mundo.

A defesa do consumidor ganhou, então, amplitude mundial, lançando as bases do movimento consumerista internacional, culminando com a declaração do dia 15 de março de 1962, como sendo o dia mundial dos direitos do consumidor.

No Brasil, o movimento consumerista iniciou-se timidamente nos anos 70, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais; em 1974 foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor no Rio de Janeiro; em 1976, Associação de Defesa e Orientação do Consumidor em Curitiba; no ano de 1976, a Associação de Proteção ao Consumidor em Porto Alegre; e, também em 1976, foi promulgado o Decreto 7.890 do Governo de São Paulo, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e, em sua estrutura, dois órgãos centrais: Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado PROCON (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor) (GIANCOLI, 2009, p. 19).

Conforme ensinamentos de Leonardo Roscoe Bessa, ao afirmar que a grande apreensão do legislador brasileiro, no que tange à edição de normas jurídicas para a tutela do consumidor, destaca-se o reconhecimento do comprador como parte vulnerável do elo contratual:

A preocupação, relativamente recente, dos países e organismos internacionais com a defesa do consumidor decorre da constatação de que sua fragilidade intensificou-se na mesma proporção do processo de industrialização ocorrido nas últimas décadas. O consumidor tem deixado de ser uma pessoa para tornar-se apenas um número no processo de produção e circulação de bens. Surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam menos e enganam mais, chegando a criar necessidade de compra de bens diversos. Os contratos, ao invés de serem discutidos em sua fase de formação, já vêm prontos e com várias disposições que se traduzem em vantagens exageradas para o fornecedor. Muitos produtos, em virtude de sua produção em série, apresentam defeitos (também, em série), tornando-os absolutamente impróprios aos fins que se destinam. O avanço da tecnologia conduz à produção de bens complexos que, por ausência de informações do fornecedor, induzem o comprador a erro (2006, p. 26).

No comércio eletrônico, essencialmente, a contratação que se identifica como relação jurídica de consumo é perfeitamente aplicável o CDC, nos termos de seu artigo 1º :

O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, 1990).

Ada Pellegrini Grinover et al (2007, p. 24) destacam que no artigo 1º do CDC, ao se referir às normas de ordem pública e interesse social, equivale a dizer que tais normas são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, ou seja, são normas que não podem ser descartadas, ou de uso facultativo pelos sujeitos da relação de consumo (consumidores e fornecedores):

[...] tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretende o Código de Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças (2007, p. 27).

Torna-se evidente que a inderrogabilidade trata-se da impossibilidade de qualquer afastamento da incidência do CDC a toda e qualquer relação de consumo estabelecida, por ser lei de função social. Deste modo, as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos.

Portanto, no contrato eletrônico, a relação de consumo estabelecida não pode afastar as normas protetivas do direito do consumidor (CDC e as demais leis que compõem o sistema de proteção ao consumidor).

1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo é estabelecida pela composição de fornecedor e consumidor em lados opostos, e tendo como objeto produto ou serviço, conforme se depreende da análise dos artigos 2º e 3º do CDC.

O conceito padrão de consumidor (consumidor *strictu sensu*) encontra-se esculpido no artigo 2.º, *caput* do CDC. Contudo, em face da dificuldade de se precisar o conteúdo e alcance da expressão destinatário final, desenvolveu relevante divergência doutrinária e jurisprudencial, acerca da definição jurídica de consumidor:

Art.2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

O conceito de fornecedor encontra-se estabelecido no artigo 3º do CDC. Não obstante, outros termos utilizados para denominá-lo como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou genericamente como empresário:

Art.3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação,

distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Para os finalistas, a interpretação do conceito de consumidor deveria ser mais restritiva, visando não banalizar o CDC, com base num critério fático-econômico, pautado na figura do destinatário final. Para tanto, entendem que seria necessário não tirar proveito econômico do produto/serviço, fundando sua teoria na distinção, se o bem ou serviço adquirido é para uso pessoal, familiar ou profissional. Para os maximalistas, a aplicação do CDC deveria ser a mais ampla possível, incluindo-se pessoas jurídicas e profissionais liberais, com fundamento num conceito jurídico de consumidor, de índole objetiva, pautado no mero ato de consumir, e sendo a figura do destinatário final interpretada como o destinatário fático do produto ou serviço (BRAGA NETTO, 2011, p. 88).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou a teoria finalista, no sentido de aceitar que o profissional ou pessoa jurídica seja considerado consumidor, desde que, demonstrado sua vulnerabilidade e produto ou serviço adquirido fora de sua área de especialidade (não implicando na revenda ou comercialização dos mesmos).

No que tange à vulnerabilidade do consumidor, importa destacar que a mesma é reconhecida como princípio disposto no artigo 4º, *caput*, I, do CDC. Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, a vulnerabilidade do consumidor será constatada a partir da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes, como sustenta:

[...] a vulnerabilidade *técnica* seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade *jurídica* seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. Já a vulnerabilidade *fática* é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade (GARCIA, 2008, p.17, grifos do autor).

O poder da informação sobre os produtos e serviços concentra-se nas mãos do fornecedor e, por conseguinte, é fator de desequilíbrio na relação estabelecida com o consumidor que busca por esses serviços e produtos, ainda mais ao adquiri-los fora do estabelecimento comercial, via Internet, em que a vulnerabilidade tende a se agravar, uma vez que, se de um lado há ampliação da oferta e da informação, por outro, as características de distanciamento econômico e de conhecimento presentes no mundo real, são acompanhadas das tecnológicas (LIMA, 2006, p. 44).

O sujeito *consumidor* é agora um destinatário final contratante (art. 2º do CDC), um sujeito “mudo” na frente de um *écran*, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica (chaves-públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas, é uma coletividade de pessoas, que intervém na relação de consumo (por exemplo, recebendo o *compact disc* (CD) de presente, comprado por meio eletrônico, ou o grupo de crianças que está vendo o filme baixado por Internet, *ex vi* parágrafo único do art. 2º do CDC), ou a coletividade afetada por um *spam* ou *marketing agressivo* (art. 29 do CDC), ou todas as vítimas de um fato do serviço do provedor de conteúdo, que enviou um vírus “destruidor” por sua comunicação semanal, ou todas as pessoas cujos números da conta corrente ou do cartão de crédito e senha foram descobertos pelo *hacker* ou *cracker* que atacou o computador principal do serviço financeiro, ou do fornecedor de livros eletrônicos (*e-books*) – art. 17 do CDC” (MARQUES, 2004, p. 61-63, grifos do autor).

Tal dificuldade se dá, conforme abordado anteriormente, devido ao art. 2º CDC conceituar consumidor como sendo pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; não estabelece o que vem a ser destinatário final, tarefa esta que foi preenchida pela doutrina e jurisprudência que criaram as figuras da destinação final econômica e fática. Como citado acima, o STJ, atualmente, além de analisar se a pessoa jurídica é destinatária final fática e econômica, analisa se a mesma é vulnerável. O princípio da vulnerabilidade será tratado mais especificamente adiante.

Vulnerabilidade também não se confunde com hipossuficiência, pois a vulnerabilidade é um princípio, logo, toda pessoa qualificada como consumidora é vulnerável por presunção legal. Contudo, nem todo consumidor é hipossuficiente, a análise é feita de maneira casuística pelo magistrado, tendo em vista que este, de acordo com regras de experiência, como por exemplo, o caso de litigantes habituais, pode inverter o ônus *probandi*.

A vulnerabilidade também não implica em uma desproporcionalidade na relação de consumo, tendo em vista as prerrogativas de que goza o consumidor no Código de Defesa do Consumidor, porque o fornecedor já está em posição de vantagem em relação ao consumidor, pois detém, por exemplo, o conhecimento técnico sobre seu produto ou serviço, conhecimento este que escapa ao alcance do consumidor.

O elemento objetivo da relação de consumo, composto pelos produtos e serviços, posto à disposição do consumidor no mercado consumidor, é definido no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º do CDC, *in verbis*:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Pode-se concluir assim, que há uma ampla abrangência da lei no que se refere ao que sejam produtos e serviços no âmbito das relações de consumo, principalmente, no âmbito das relações virtuais de consumo.

1.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Toda a legislação consumerista, em especial, o CDC, erigiu amplo rol de institutos do Direito e seus princípios e garantias para a proteção do consumidor e da relação de consumo harmonizada. Todavia, no contexto da relação de consumo estabelecida via Internet, ater-se-á especificamente no estudo daqueles dispositivos, princípios e direitos do consumidor que lhe são correlatos.

1.4.1 Princípio da Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva adveio da interpretação do Código alemão (BGB), o qual iniciou a grande transformação da relação obrigacional ao reconhecer a “existência de deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal”, admitindo a cláusula geral de boa-fé no § 242 (FRADERA, 1992).

Distingue-se da boa-fé subjetiva por ser uma regra de conduta que impõe às partes o dever de agir com transparência, lealdade e cooperação mútua, de acordo com a legítima expectativa dos contratantes no cumprimento do contrato. Ou seja, um “modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade” (MATTOS, 2009, p. 24-25).

Não está apenas relacionado à interpretação do contrato, mas com todo o Direito Civil. O Código Civil de 1916 previa de forma expressa apenas a boa-fé subjetiva, que se resumia a convicção de se guardar um comportamento de acordo com o direito, como resultado da intenção de não prejudicar ou da ignorância de vícios.

Apresenta-se na contemporaneidade como um dos mais importantes princípios do direito privado. Possui grande relevância no direito contratual, dado sua inserção através da

positivação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, III e 51, IV CDC), quanto no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187).

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se regra de conduta, de comportamento ético e social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas.

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, traduz-se em:

[...] um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção (2008, p. 41).

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a interpretativa (artigo 113), na qual a boa-fé atua como referencial hermenêutico das relações jurídicas contratuais, a de controle (artigo 187), na qual visa limitar o exercício abusivo do direito subjetivo e a integrativa (artigo 422), na qual a boa-fé objetiva se destaca como fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante todo o vínculo obrigacional, e que passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, visando a garantir seu adimplemento (NORONHA, 1994).

O princípio da boa-fé objetiva criou os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, etc.), os quais devem estar presentes em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato (NEGREIROS, 2002).

Assim, para além do dever da prestação (obrigação principal) surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária), os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa a boa-fé objetiva.

Deve-se crer que, em princípio, nenhum contratante celebra contrato sem a necessária boa-fé. Mas, a má-fé inicial ou interlocutória deve ser punida. E, em cada caso, o juiz deverá definir quando e onde foi o desvio dos partícipes do contrato, e levará em conta a hermenêutica e interpretação.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (de proteção, cooperação, informação, etc.), os quais visam a consagrar sua

finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução e pós-contratual.

Dentre os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, o dever de informação (ou de informar) destaca-se como o mais importante dos referidos deveres, pois a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária.

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumpre os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada violação positiva do contrato ou adimplemento ruim, pois a obrigação principal é cumprida, porém, ocorre o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Deste modo, a boa-fé objetiva destaca-se como elemento transformador de todo o direito obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do direito, e, em especial, para o contratual. Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

1.4.2 Princípio da Informação

O princípio da informação impõe as partes o dever jurídico de reciprocamente apresentarem todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para que os contratantes possam, livremente, exercer sua autonomia privada em consonância com os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato.

Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual (MARQUES, 2006, p. 229).

Isso porque, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária.

No âmbito das relações de consumo, o direito à informação, esculpido no artigo 6º, III CDC, em consonância com o princípio da informação, expresso no artigo 4º, IV CDC, estabelece a obrigatoriedade da informação, dentre os direitos básicos do consumidor, o qual

constitui dever fundamental do fornecedor em prestar informações claras e adequadas ao consumidor, relacionadas aos produtos/serviços fornecidos (FABIAN, 2002).

Esse direito é essencial, tratando-se da relação de consumo na Internet, uma vez que o produto ou serviço somente é visualizado pelo consumidor por meio de imagens (fotos, desenhos, esboços, croqui, planta) e ou descrições textuais dispostos nas lojas virtuais, e que, muitas vezes, não retratam a realidade física, técnica e informacional do bem.

O princípio da informação apresenta-se como fundamental ao sistema consumerista, e em conjunto com o princípio da transparência, impõem ao fornecedor o dever de veicular informações sobre seus produtos e serviços, de forma clara, correta, precisa e ostensiva, apresentando característica, quantidade, qualidade, composição, preço e garantia do produto ou serviço ofertado, conforme preconizam os artigos 30 e 31 do CDC:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990).

O CDC preocupou-se com a oferta nas vendas à distância, o que inclui, por uma interpretação extensiva, as vendas realizadas no comércio eletrônico, dispondo assim em seu artigo 33, que em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

As informações prévias à celebração de qualquer contrato de consumo virtual, devem ser prestadas em português e concernir sobre: a identidade (razão social e CNPJ) e endereço do fornecedor; o endereço, eletrônico ou não, para comunicação das partes sobre assuntos atinentes ao contrato, para facilitar a comunicação do consumidor (no caso de reclamação ou arrependimento); nível de segurança do site; informação sobre a forma de uso, pelo fornecedor, dos dados pessoais que o consumidor lhe fornecer para a contratação; características essenciais do produto ou serviço, incluindo impostos; despesas de entrega (custos do frete e impostos); mobilidade de pagamento entrega ou execução; direito de arrependimento; prazo de validade da oferta ou do preço; sempre que necessário, informação a respeito da duração mínima do contrato, no caso de fornecimento de produtos ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica (ex: assinatura de jornal ou revista).

1.4.3 Princípio da Transparência

O princípio da transparência (artigo 4º *caput* CDC) apresenta-se como princípio básico norteador dos contratos de consumo. Preconiza a forma como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes contratantes.

O Art. 46 do Código de Defesa de Consumidor garante ao consumidor o direito de conhecer efetivamente as cláusulas contratuais no intuito de coibir práticas pré-contratuais abusivas.

Dessa forma, os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores ao cumprimento das obrigações conveniadas, se não lhes for dada à oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

A transparência impõe a qualificação da informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte, no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio.

Sendo assim, o fornecedor tem o dever de informar ao consumidor não somente as características do produto ou serviço, mas também sobre todo o conteúdo contratual, sendo que a transparência necessariamente deve ser observada a partir das manifestações pré-contratuais, em especial, a publicidade.

Neste sentido, Analice Castor de Mattos sustenta que a “conduta transparente é conduta não ardilosa, conduta que não se esconde atrás dos aparentes propósitos pouco louváveis” (MATTOS, 2009, p. 49). Essas condutas impróprias à boa-fé objetiva que, manifestas pelo fornecedor na publicidade veiculada, caracterizam a publicidade enganosa ou abusiva, descritas nos artigos 36 e 37 do CDC:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza,

características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (BRASIL, 1990).

O artigo 36 reconhece o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, enquanto o artigo 37 é a forma coercitiva e expressa da lei de se garantir o direito do consumidor de proteção ao engano e ao abuso, nos moldes do inciso IV do artigo 6º do CDC.

Segundo Ada Pellegrini Grinover e outros “a publicidade enganosa provoca [...] uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria” (2007, p. 337).

Assim, a conjugação dos princípios da transparência e da informação, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva, apresenta-se como instrumento imprescindível a garantir a proteção do consumidor diante de condutas do fornecedor que venham a infringir as normas basilares do direito consumerista, levando-se em consideração a vulnerabilidade do consumidor, principalmente, na relação jurídica de consumo virtual.

1.4.4 Princípio da Confiança

O princípio da confiança é considerado por Claudia Lima Marques um novo paradigma no contrato de consumo eletrônico. Segundo a autora, “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais”. A autora afirma que a era digital desencadeou a “segunda crise do contrato”, em razão da despersonalização extrema oriunda dos contratos em massa de adesão e dos contratos firmados no meio eletrônico, onde se verifica uma “desumanização do contrato” (MARQUES, 2004, p. 32, grifos do autor).

A confiança é colocada no núcleo das relações de comércio eletrônico, impondo deveres anexos específicos, porque, ao contrário do que ocorre no mundo real, onde é possível se utilizar da teoria da aparência, aqui, a própria aparência se desmaterializou, restando apenas a transparência, dado ou informação de um texto contratual complexo, rápido e especializado. Com a reumanização do contrato eletrônico, a dogmática da aparência retorna (MATTOS, 2009).

Não há dúvidas de que uma das questões mais relevantes no comércio eletrônico seja a da confiança do consumidor nesse novo mercado tecnológico. Por um lado, o consumidor vislumbra uma enormidade de ofertas de produtos e serviços, obtendo diversas vantagens por adquirir em uma loja virtual um produto por um preço bem mais econômico do que o mesmo produto no estabelecimento físico do fornecedor; por outro lado, sente-se inseguro em arriscar fornecer seus dados nesse ambiente, o número do cartão de crédito, por exemplo, ou de não receber o produto após o pagamento efetuado.

Desta análise, considerando-se o princípio da confiança imanente a todo o Direito, o fornecedor, para a manutenção de sua credibilidade no meio eletrônico, deve buscar conquistar a confiança do consumidor, através da observância às regras de boa conduta, colaboração, equilíbrio contratual, respeito às leis consumeristas e aos consumidores enquanto pessoa de direito e agente econômico. Nessa esteira, ao Direito cabe prover ampla informação e educação à sociedade de consumo, sempre inovando suas normas e evoluindo como Ciência que acompanha o avanço social e tecnológico.

1.5 ASPECTOS GERAIS SOBRE INTERNET

A origem da Internet remonta aos anos 60, no auge da Guerra Fria, época em que os militares americanos, receando sofrer um ataque nuclear que pudesse obstruir suas comunicações e o tráfego de sinais eletrônicos, criaram um sistema descentralizado que permitiu a comunicação e a interação de vários computadores ao mesmo tempo.

Este projeto foi denominado ARPANET (*Advanced Research Projects Agency*) e a rede, ativada em 1969 com fins militares, conectava apenas quatro Universidades para pesquisas com este fim. O aumento das comunicações entre os cientistas, tanto para fins científicos quanto para fins pessoais, acabou provocando a abertura para mais Universidades.

Na década de 80, a *National Science Foundation*, expandiu os métodos de comunicação ARPANET, integrando à “rede das redes”, além de várias Universidades, agências governamentais e institutos de pesquisa, mas ainda restrito ao território dos Estados Unidos da América.

Guilherme Magalhães Martins observa que a saída da rede dos restritos círculos acadêmicos só se deu apenas em 1989, com a criação de um protótipo da *World Wide Web* (WWW), pelo cientista Tim Bernes-Lee e sua equipe, junto ao CERN (*European Particle Physics Laboratory*), em Genebra, objetivando encontrar um método mais simples e fácil de dividir informações entre os pesquisadores, chegando-se, então, ao padrão HTML, consistente

no armazenamento de informações, de modo que os dados em várias formas (texto, imagem, som ou vídeo) fossem visualizados em um único arquivo conjuntamente, sob os padrões de hipertexto (MARTINS, 2003, p. 34).

No Brasil, a Internet deu seus primeiros passos em 1988, com a iniciativa de Oscar Sala, professor da Universidade de São Paulo (USP) e conselheiro da Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo (Fapesp). No país, a Internet somente foi liberada para uso comercial em 1995, sendo que o comércio eletrônico apenas começou a dar seus primeiros passos em meados de 1998. Atualmente, grande parte da população pode conectar-se a Rede Mundial, desde que se associe a um provedor de acesso.

O surgimento da rede mundial de computadores permitiu que a troca de informações acontecesse com maior celeridade e de forma globalizada, mantendo um grande número de pessoas conectadas em um mundo onde a diversidade e a possibilidade de escolha é infinita.

A utilização da Internet para fins comerciais propiciou o desaparecimento das distâncias e das fronteiras, a redução das barreiras alfandegárias e a progressiva abertura dos mercados, levando ao crescimento vertiginoso do comércio interno e internacional.

Não se pode perder de vista que quando se compra algo utilizando o meio virtual, o que se tem em mente é apenas uma simples imagem do que se estará adquirindo, ou seja, não há como analisar se aquele produto ou serviço em vias de consumo é realmente o desejado ou da forma almejada.

1.5.1 Conceito

De acordo com o entendimento de Gustavo Testa Correa, a internet é:

[...] um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina à outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento (2007, p. 21).

Para a Norma nº 4/95, do Ministério das Comunicações, Internet é o nome genérico que designa o conjunto de redes ou meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores.

Ou seja, a Internet é uma rede internacional ou de computadores interconectados, que permite que se comunique entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma

imensa quantidade de informações de todo mundo. Possui algumas características consideradas juridicamente relevantes, tais como:

- a) ser uma rede aberta, em que qualquer um pode acessá-la;
- b) ser interativa, pois o usuário gera dado, navega e estabelece relações;
- c) ser internacional, visto que permite transcender as barreiras nacionais;
- d) existe uma multiplicidade de operadores;
- e) ter uma configuração de sistema auto-referente, isto é, opera de forma descentralizada, na ausência de um centro que possa ser denominado de autoridade;
- f) ter aptidão para gerar suas próprias regras conforme o costume;
- g) apresentar uma aceleração do processo histórico;
- h) permite a comunicação em “tempo real” e uma “desterritorialização” das relações jurídicas;
- i) diminui drasticamente os custos das transações.

A implementação de terminais de computadores em rede, o uso do correio eletrônico, a Intranet, a gestão de formulários eletrônicos, com a utilização de documentos digitais como meio de transporte e armazenamento de informação são alguns exemplos de trabalhos que se tornaram mais rápidos e eficientes após a implementação de tecnologia.

No campo empresarial, a tecnologia da informação exerceu forte impacto nas atividades em razão da diminuição de custos, tornando-se uma gigantesca vitrine virtual, podendo ser acessada a qualquer momento, surgindo o conceito de *e-commerce* ou comércio eletrônico, um segmento que movimenta valores expressivos.

Porém, a tela de um computador pode ser obscura o suficiente para confundir o consumidor, além do que as imagens e o texto publicitário são “preparados” por profissionais da área de marketing, não sendo possível definirem-se alguns detalhes quanto ao produto ou serviço que se consome, como por exemplo, seu tamanho, cor, textura, peso, dentre outras características. Todas as percepções podem ficar restritas a apenas uma imagem na tela do computador e é fato que existe uma diferença considerável entre ir a um estabelecimento empresarial real e “visitar” um estabelecimento empresarial virtual como, por exemplo, os sites do submarino, das lojas americanas, e da livraria saraiva, entre tantos outros.

1.5.2 Criptografia – Uma abordagem geral

Os métodos criptográficos foram muito difundidos e aplicados em exercícios e estratégias militares, pois possibilitavam o envio de mensagens a locais distantes, sem que o inimigo a decifrasse caso rendessem o mensageiro. Este também foi o primeiro estímulo ao

desenvolvimento da cripto análise, ou seja, o método de quebrar o código que possibilita a leitura da mensagem enviada e a implantação da segurança.

A análise etimológica da palavra criptografia “deriva de criptologia, que se origina do grego ‘**KRYPTOS LÓGOS**’, que significa ‘palavra escondida’.” Esta técnica pode ser denominada com a arte de cifrar ou decodificar, possibilitando ao conhecedor do código o acesso à mensagem enviada. (MARTINS, 2003, p. 42, grifos do autor)

Na atualidade, as ciências exatas, enquanto área do conhecimento, são responsáveis pelo estudo da criptografia, sob a forma de uma ramificação da criptologia. Outro desdobramento é a cripto análise, que trata do método de decifrar as mensagens, sem a utilização de senhas.

O significado de criptografia é “a arte de escrever em cifra ou em código, de modo a permitir que somente quem conheça o código possa ler a mensagem”. Pode ser interpretado como a possibilidade de camuflar determinado arquivo ou documento. Esta camuflagem pode ser reconhecida sob a forma lógica, pela utilização de fórmulas matemáticas, na qual, apenas quem possui a fórmula decodificadora pode ler os dados criptografados. Com isso, algoritmos matemáticos programados em softwares, por sua complexidade, transformam documentos legíveis em um emaranhado de caracteres numéricos sem nenhum sentido, sendo possível sua leitura, apenas, com a utilização da chave (senha) adequada. O ato de tornar impossível a leitura da mensagem, sendo possível sua leitura, apenas ao receptor correto, pois este conhece o padrão utilizado na mensagem, permitindo conhecer o conteúdo do que foi enviado (BLUM, 2002, p. 38).

Uma das soluções apontadas pelos estudiosos do Direito e por especialistas da área de informática para garantir a segurança almejada dos negócios jurídicos é a utilização da assinatura digital como meio de validar os instrumentos digitais de contratos. A assinatura digital é, no momento, reconhecida como a possibilidade do envio seguro de um documento por meio da aplicação do método criptográfico assimétrico.

O processo da assinatura digital advém de um ramo da matemática aplicada que utiliza complexas equações interdependentes para transformar mensagens em códigos ininteligíveis, e, a partir de um procedimento reverso, recuperar o formato original que garantem a integridade do conteúdo que trafega nas redes digitais, dando certeza e confiabilidade às informações transmitidas.

Sua aplicação se dá sob a produção e emissão de senhas que, quando obtidas corretamente pelo usuário, permitirão o acesso ao conteúdo até então cifrado. Este

procedimento de cifrar uma identificação, aplicá-la a um documento e posteriormente recuperá-la, é o que se denomina de assinatura digital.

Supondo-se que a pessoa “A” deseje enviar uma mensagem para “B” e o importante nesta comunicação é garantir a privacidade da comunicação, ou seja, garantir que ninguém, mesmo que interceptando a mensagem, seja capaz de entender o seu conteúdo, basta que “A” (remetente) utilize a chave pública de “B” (destinatário) para cifrar (codificar) a mensagem a ser enviada a “B”, este poderá ler a mensagem decifrando-a com sua chave privada, que somente ele, “B”, possui.

No exemplo anterior, adicione a necessidade da pessoa “B” (destinatário), ter certeza de que a mensagem foi realmente enviada por “A” (remetente), assim além da necessidade de manter a privacidade na comunicação, também passa a ser requisito do processo a identificação/autenticação do originador da mensagem. Para que isso ocorra, “A” deverá cifrar a mensagem com a chave pública de “B” e, em seguida, cifrar o resultado com a sua própria chave privada.

Quando “B”, o destinatário, receber, usará a chave pública de “A”, que garante a origem da mensagem como vindo do remetente “A”, após, aplicará sua chave privada para ter acesso ao conteúdo da mensagem.

A criptografia pode ocorrer sob duas formas, a convencional ou simétrica e a de chaves públicas e privadas ou assimétricas. Na forma simétrica, uma mesma chave (senha) é utilizada tanto para encriptar como para desencriptar (codificar e decodificar) um arquivo ou documento. Na forma assimétrica, são representadas duas chaves, uma privada e outra pública, que são complementares. Uma vez codificada com a chave privada, apenas quem tem a chave pública poderá decifrar a codificação, assim como realizar a operação inversa. Cada uma das formas tem uma função e aplicação específica e possível que varia conforme a necessidade dos usuários e os fins por eles almejados.

1.5.3 Criptografia Simétrica

A criptografia simétrica é a mais antiga, e por isso é chamada também de criptografia tradicional, utilizando-se de uma mesma chave (em geral uma senha) para codificar e decodificar as informações. Gera com isso a necessidade de compartilhar essa senha com outras pessoas que necessitem decodificar a mensagem, ou seja, todos têm acesso à chave. Mas para uso exclusivo do proprietário do documento cumpre bem sua função, não sendo inviolável.

Consegue-se, com a criptografia simétrica, nos sistemas atuais de computação, um certo nível de segurança que não é absoluto. Ineficaz, portanto, para os propósitos de prova no âmbito jurídico, se utilizada isoladamente, principalmente porque com ela não se pode provar a identidade da pessoa que a utilizou.

A finalidade do método de criptografia de chave simétrica é obtenção do sigilo dos dados, incrementando-se, assim, a sua segurança. O objetivo básico é evitar que pessoas não autorizadas possam ter conhecimento do teor de quaisquer informações julgadas confidenciais.

O principal problema relacionado com o método de criptografia de chave simétrica reside, justamente, no fato de que as partes que necessitam utilizá-la deverão ter acesso à mesma chave criptográfica. Há, pois, que existir um acordo entre elas, no que diz respeito à chave a ser utilizada por todas. Só assim é que haverá possibilidade de cifragem e decifragem apropriada de dados, com os interessados podendo fazê-los circular, entre si, de forma segura e sigilosa.

Tal fato, já de início, acarreta dois sérios problemas de segurança, diretamente decorrentes do gerenciamento de chaves que se mostra necessário. O primeiro deles, diz respeito à utilização e conservação do segredo de uma chave que é de conhecimento de várias pessoas. Bastaria uma delas agir de forma culposa ou, pior, de forma dolosa, para que todos sofressem as eventuais consequências. O segundo problema refere-se à própria distribuição da chave, em si. Sempre que uma nova pessoa fosse admitida no grupo, necessitaria receber essa chave, com boa segurança no respectivo processo de envio. Vê-se, pois, que o momento e a forma de trânsito da chave são fatores de sério risco para a integridade da segurança proporcionada pela criptografia simétrica. Tais dificuldades de gerenciamento de chaves, sem dúvida, limitaram bastante a popularização de uso da criptografia simétrica.

1.5.4 Criptografia Assimétrica ou Assinatura Digital

A criptografia assimétrica, conhecida também como assinaturas digitais, consiste basicamente em fechar um documento com uma chave privada, utilizando-se as técnicas de criptografia para cifrar esta, que somente poderá ser aberta com outra chave, denominada pública, ou vice-versa. A chave pública é disponibilizada para as partes interessadas em realizar atos (contratos), sendo que a chave privada é de responsabilidade e conhecimento exclusivo do proprietário.

As assinaturas digitais oferecem um nível mais alto de segurança, pois há como verificar a origem da pessoa, ao contrário da criptografia simétrica, que utiliza apenas uma chave para codificar e decodificar a informação.

Qualquer transação eletrônica, uma simples compra de um livro ou um CD de músicas, implica a contratação (compra e venda), necessitará da autenticação das partes para vincular as respectivas obrigações e direitos. No comércio eletrônico, não existe o contato físico, nem negociações dentro dos procedimentos que conhecemos no mundo real.

A identificação do declarante, no mundo real, é resolvido através da assinatura autográfica no próprio documento que contém a declaração de vontade.

No entanto, a assinatura autográfica não é adequada aos documentos eletrônicos. Evidente que a simples digitação de um nome ao pé de uma mensagem eletrônica não pode ser considerada equivalente à assinatura autográfica, assim como também não o seria um nome simplesmente datilografado em um pedaço de papel.

Dentro desse contexto, a assinatura digital deverá atribuir aos documentos eletrônicos as duas características básicas, autenticidade e integridade, que lhes garantem força probante.

O processo de assinatura digital de um documento eletrônico consiste de dois passos:

1 – executa-se uma função *hash*, trata-se de um algoritmo que lê o texto (documento eletrônico) e cria uma sequência de bits de tamanho fixo, de tal forma que se uma parte qualquer do conteúdo do documento, um único caractere seja modificado, a sequência de bits seria outra. Temos comparativamente o DNA do documento eletrônico, obtido matematicamente;

2 – a parte que deseja declarar sua concordância com os termos do contrato poderá aplicar sua chave privada no resultado da função *hash*, isto é, na sequência de bits única associada ao documento.

O resultado destes dois passos é a assinatura digital do documento, pois a integridade do conteúdo do documento e a autenticidade do autor poderão ser facilmente verificadas.

Por fim, para garantir a autenticidade da chave privada, será preciso recorrer aos serviços de uma terceira parte, que desfrute da confiança das outras partes envolvidas, que possa afirmar, sem erro, a ligação entre a chave privada utilizada para a assinatura do documento e a pessoa que nela está apontada como emitente da mensagem eletrônica, essa função cabe às chamadas autoridades certificadoras.

2 VENDAS EFETUADAS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Quanto às demais situações descritas ao final do *caput* do artigo 49, as vendas a domicílio ou de porta em porta, foram as primeiras modalidades de vendas fora do estabelecimento comercial, merecendo atenção especial na proteção dos direitos do consumidor, justamente por não dispor de informações precisas, transparentes e técnicas sobre o produto adquirido através da simples demonstração visual de um catálogo ou de um produto mostruário que o vendedor nem sempre porta consigo.

Posteriormente, surgiram as vendas através do *telemarketing*, ou seja, o *marketing* realizado através do meio de comunicação por telefone. Portanto, fora do estabelecimento comercial, a contratação é realizada por uma oferta advinda de uma ligação telefônica no local onde se encontra o consumidor, não podendo visualizar / examinar adequadamente o produto ou mesmo aferir a qualidade do serviço ofertado, em razão de não ter contato efetivo com o produto/serviço. Ademais, o consumidor é abordado em momentos no qual não esperava, encontrando-se muitas vezes vulnerável e exposto a práticas abusivas de fornecedores, de onde se fundamenta a necessidade de proteção do consumidor através do exercício do direito de arrependimento, em face da impossibilidade de contato físico com o produto/serviço.

2.1 VENDAS A DOMICÍLIO

Antigamente, quando se desejava comprar um determinado produto, a opção era ir a um estabelecimento comercial e então examiná-lo, tocá-lo e tirar todas suas dúvidas.

Esse cenário mudou; além da forma de comércio acima mencionada, novas maneiras e técnicas de realizar a compra e venda de produtos foram desenvolvidas; os comerciantes identificaram a necessidade de ir ao encontro dos consumidores, nas suas casas, nos seus locais de trabalho, etc. E os consumidores passaram a negociar sem que precisassem se deslocar até o local de vendas ao público.

A utilização do *marketing* trouxe como consequência o amadurecimento e adoção de novas técnicas de vendas e comércio.

Referente às vendas fora do estabelecimento comercial, Marco Antonio Schmitt especifica que:

Trata-se de termo amplo, que abrange tanto as vendas ditas de porta-em-porta, como aquelas realizadas em eventos organizados pelo comerciante em locais não destinados à comercialização de bens ou serviços. Ou seja, vendas realizadas fora do

estabelecimento comercial é gênero, do qual são espécies as vendas à domicílio e aquelas realizadas em eventos promocionais do comerciante em locais não específicos para negócios (1998, p. 25)

O artigo 49 do CDC é plenamente aplicável:

Ementa: JUIZADO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. VENDA DOMICILIAR. ALBUM DE FOTOGRAFIAS. DIREITO DE REFLEXÃO OU ARREPENDIMENTO. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O direito de reflexão ou arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, não está condicionado à natureza do produto ou serviço oferecido, razão por que não há que se falar na inaplicabilidade do preceito normativo, em virtude do caráter personalíssimo dos produtos adquiridos. 3. O fornecedor que opta por estratégia de venda a domicílio está sujeito aos riscos do negócio, ainda que a desistência por parte do consumidor torne o produto imprestável para nova negociação, como seria o caso de álbum de fotografias. 4. Recurso conhecido e desprovido. 6. Condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação. 7. Decisão proferida nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95, servindo a ementa de acórdão. TJ-DF - Apelação Cível do Juizado Especial ACJ 20140410102230 (TJ-DF)

A venda a domicílio é a forma mais antiga de venda fora do estabelecimento comercial e consiste na ação do vendedor em “visitar” o consumidor em sua residência ou local de trabalho, e numa abordagem direta e, na maioria das vezes, muito agressiva pelo uso de argumentação rápida e bem estruturada, pretendendo convencer o consumidor de imediato a fechar o negócio, ou comprometer-se pela encomenda de produtos.

Tem a desvantagem de colocar o consumidor em uma situação de vulnerabilidade, isto porque é abordado repentinamente em casa ou no trabalho e tem pouco tempo para decidir, impossibilidade de comparar o produto com outros, dependência total das informações prestadas pelo vendedor ou pelo catálogo, etc.

Como se vê, este método turba a reflexão do consumidor, levando-o a contratação que reputaria indesejada se tivesse a oportunidade de refletir com calma, ou mesmo, como ocorre em alguns casos, realiza a aquisição para se livrar do vendedor.

2.2 VENDAS À DISTÂNCIA

As vendas a distância tem em comum com a venda a domicílio o fato de o consumidor não precisar se deslocar até o estabelecimento comercial, diferenciando-se, contudo, por não existir a presença física do fornecedor.

Fabio Ulhôa Coelho explica:

[...] nas vendas à distância são a muito conhecidas. Originariamente a sua única forma conhecida eram as vendas por correspondência. A oferta era feita através de catálogos e prospectos e o consumidor fazia sua encomenda via postal. Tal prática já era conhecida no século XIX...no entanto, a sofisticação dos meios de comunicação, como telefone, fax, televisão e o computador, fizeram com que a venda por correspondência fosse inserida num conjunto maior, as vendas à distância (2000, p. 33)

Conforme Luiz Antonio Rizzato Nunes:

Esse setor de vendas em domicílio via TV, mala direta e, atualmente, pela Internet, é um dos que mais crescem no Brasil e no mundo. Cada vez mais os consumidores, sem tempo de ir às compras e/ou porque é bastante cômodo, adquirem produtos e serviços sem sair de casa (2000, p. 557)

Há que se falar ainda na desmaterialização dos contratos, tendo em vista que nas relações clássicas de consumo, o consumidor realizava um contrato formal com o fornecedor, ou pelo menos, um contrato verbal, contudo ainda de maneira pessoal.

A transação à distância trouxe mais agilidade na relação comercial, maior velocidade aos atos mercantis e redução de custos administrativos, tendo como característica marcante a ausência de fronteiras geográficas, mas em relação ao Direito a formalização da transação à distância vem em desencontro à cultura do suporte físico dos contratos impressos.

Com o advento da Internet o contrato se desmaterializou de modo que a própria forma do contrato se tornou virtual e as cláusulas contratuais, quando existem, se encontram dispersas ou separadas do momento da realização do negócio. É difícil encontrar, por exemplo, alguém que nunca tenha se deparado com um contrato de adesão ao tentar instalar um programa de computador adquirido via Internet.

Atualmente o exemplo mais expressivo de vendas à distância materializa-se pelo conceito de comércio eletrônico (*e-commerce*) disponível na Internet. E é neste tipo de comércio que se concentrará o restante do presente trabalho.

2.3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico surge como facilitador das relações de consumo, na ampliação de possibilidades de interação com diversos sujeitos; na escolha de produtos e serviços de forma cada vez mais amplificada; na obtenção de bens ou serviços personalizados e na diminuição do tempo de escolha, e tudo isso sobre o prisma de uma alta redução nos custos de transação, tudo no intuito de beneficiar o consumidor.

O comércio eletrônico pode ser conceituado de várias formas, no entanto, se torna necessário um parâmetro bem estabelecido para sua abordagem. Gilberto Marques Bruno, o conceitua da seguinte forma, “é uma modalidade de compra à distância, consistente na aquisição de bens e/ou serviços, através de equipamentos eletrônicos de tratamento e armazenamento de dados, nos quais são transmitidas e recebidas informações” (BRUNO, 2015, p.09).

Já para Rob Smith, o Comércio Eletrônico trata-se de:

Negócios conduzidos exclusivamente através de um formato eletrônico. Sistemas que se comunicam eletronicamente uns com os outros são sistemas de e-commerce, e têm de ser capazes de funcionar normalmente com quaisquer aplicações da Internet que estiver planejando utilizar. Também se refere a quaisquer funções eletrônicas que auxiliam uma empresa na condução de seus negócios (2000, p. 74).

Com base neste conceito, entende-se tratar de um comércio comum, no entanto com particularidades quanto à maneira com que estas relações se desenvolvem. No comércio comum, o deslocamento é do consumidor até o estabelecimento comercial físico, já a era da informação trouxe a enorme vantagem de se poder acessar o produto desejado *online*, sem precisar sair de casa. Assim, o comércio eletrônico se constitui por meio de contratações à distancia, que são direcionadas por meios eletrônicos, Internet ou pelas telecomunicações massificadas (tais como, e-mails, sms, telefones fixos e celulares, etc.)

O estabelecimento empresarial pode ser conceituado como o complexo de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua atividade. O fundo empresarial não precisa ser concretamente visualizável, ao contrário, deve ele ser compreendido abstratamente.

Infere-se, com isso, que o estabelecimento não se confunde com o local físico em que o empresário ou sociedade empresária exerce a empresa. Dá-se o nome a esse espaço físico de loja, ou comércio, e no âmbito virtual leva-se o nome de *web-site*, sítio eletrônico, portal, ou página de acesso. Por isso, o fato de ser virtual o fundo de empresa não o desqualifica como estabelecimento.

As primeiras operações de comércio eletrônico surgiram no início da década de 70, a partir do advento da transferência eletrônica de fundos (TEF), na qual se podia transferir dinheiro eletronicamente, e da troca eletrônica de dados (*electronic data interchange* – EDI), tecnologia que permitiu a transferência eletrônica de documentos como ordens de compra, faturas e pagamentos eletrônicos entre organizações. Contudo, foi com o desenvolvimento comercial da Internet que a expressão *electronic commerce* (*e-commerce*) passou a ser utilizada.

No comércio eletrônico, a exteriorização da vontade negocial se dá na forma de mensagens eletrônicas, isto é, a informação é gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente por meio ótico ou similar. Abrangem atividades muito diversas, que incluem o comércio eletrônico de bens e serviços, a entrega on-line de conteúdo digital, as transferências financeiras eletrônicas, leilões comerciais, comercialização direta ao consumidor e serviço pós-venda. Como empresa, isto é, a atividade econômica organizada por empresário, o comércio eletrônico envolve desde a agregação de pedidos, o gerenciamento de estoque, a compra perante outros fornecedores, o processamento de pagamentos até a entrega e o atendimento pós-venda. Assim, entende-se por comércio eletrônico a oferta, a demanda e a contratação à distância de bens, serviços e informações, realizada dentro de um ambiente digital, ou seja, com a utilização dos recursos típicos do que se denominou convergência tecnológica. Para tanto, utiliza-se um sistema de informação, que é o conjunto de componentes inter-relacionados, desenvolvidos para coletar, processar, armazenar e distribuir informação para facilitar a coordenação, o controle, a análise, a visualização e o processo decisório.

Essa oferta de produtos ou serviços normalmente é realizada por intermédio de sites dos próprios fornecedores (lojas virtuais) ou por meio de *shoppings center* eletrônicos, isto é, portais que reúnem diversos fornecedores menos conhecidos ou mesmo vendedores não profissionais, facilitando o contato destes com um maior número de possíveis compradores. Os consumidores interagem nesse mercado virtual por meio de uma página eletrônica, na qual são apresentados os catálogos eletrônicos, a chamada “cesta de compras”, as ferramentas de busca e as soluções de pagamento.

Pode-se dizer que o comércio eletrônico abarca qualquer forma de transação ou intercâmbio de informações comerciais baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação. Assim, abrange não só a compra e venda “eletrônica”, mas também o uso da rede para atividades anteriores e posteriores à venda, tais como a publicidade, a assistência técnica, a busca de informações, etc.

Uma característica do comércio eletrônico é a despersonalização dos contratos, pois com seu advento surge a necessidade de se reconsiderar os conceitos clássicos de consumidor e fornecedor, tendo em vista que fornecedor nesse novo prisma é um profissional automatizado que está presente em uma cadeia sem fim de intermediários (sites de venda) e o consumidor acaba sendo um sujeito mudo, tendo em vista que não mais se comunica com o fornecedor, pois realiza os negócios através de cliques e é identificado através de uma série de certificações digitais que o transformam em mais um código de venda.

Esta despersonalização, aliás, é reflexo de uma sociedade massificada onde o consumismo exacerbado, advindo da Revolução Industrial e dos posteriores movimentos consumeristas, fez com que o consumo se desse em grande escala, tornando inviável a antiga relação artesão-cliente para a criação da figura do fornecedor-consumidor. Um exemplo da despersonalização dos contratos ocorre com a multiplicação do contrato de adesão, onde a impessoalidade é elevada ao extremo.

Essa impessoalidade leva à afirmação, por exemplo, de que os contratos estão automatizados, na medida em que há uma verdadeira automatização na maneira como são elaborados. Se antes os contratantes tinham a liberdade de estabelecer as cláusulas do contrato, agora este contato se faz impossível, pois as condições são impostas unilateralmente, resultando, assim, na relativização do princípio da autonomia da vontade.

O grande problema decorrente da despersonalização consiste na dificuldade que o consumidor tem de identificar a parte com a qual está contratando. Através de um clique, por exemplo, ele pode ser arremessado para outro *site*, com outro fornecedor sem que tenha noção disto. Logo, a criação do comércio eletrônico ocasionou um verdadeiro déficit informacional do consumidor que é leigo no mundo virtual.

3 CONTRATOS DE ADESÃO

Os contratos eletrônicos, embora bilaterais, são vistos pela doutrina italiana como contratos desumanizados, em que o fornecedor não mais aparece física ou territorialmente, não tem mais um “rosto” (MARQUES, 2006, p. 111). Ademais, embora feito à distância, os contratos realizados por meio do site de um determinado fornecedor é considerado uma contratação entre presentes, tendo em vista que o consumidor, com apenas alguns cliques, finalizará a compra de determinado produto, implicando num recebimento imediato da aceitação pelo proponente, o fornecedor (ANDRADE, 2004, p. 41).

Por essa razão, o contrato firmado pelo cliente no meio eletrônico é, geralmente, um contrato de adesão, visto que não há a possibilidade, por parte daquele, de discutir seus termos e cláusulas, tendo em vista que a proposta já se encontra perfeita, isto é, com as especificações do produto ou do serviço, seu preço, valor e prazo da entrega.

3.1 CONCEITO DE CONTRATO DE ADESÃO

A denominação contrato de adesão surgiu com Saleilles, em 1901, quando elaborou estudo sobre a parte geral do Código Civil Alemão (BGB), e apresentou esta nova modalidade da vontade dos contratantes, revolucionando os mais radicais princípios contratuais.

Proferindo análise sobre o advento do contrato de adesão, Silvio Rodrigues destaca:

A ideia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes colocadas em pé de igualdade discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A este tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar (2002, p. 21)

Esses contratos ficam ao arbítrio exclusivo de uma das partes, o solicitante, pois o oblato não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas. Trata-se, pois, de um fenômeno típico das sociedades de consumo, que não mais prescindem, por inegáveis razões econômicas, das técnicas de contratação em massa.

O mestre Orlando Gomes traz o seguinte conceito de contrato de adesão:

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral, e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”. Conclui dizendo que “distingue-se, no modo de formação, pela adesão sem alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, não admitindo negociações preliminares nem modificações de suas cláusulas preestabelecidas (1996, p. 14)

No mesmo sentido, o ilustre Caio Mário da Silva Pereira ensina:

Chamam-se contratos por adesão (expressão mais correta do que contrato de adesão) aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. Embora exista uma consideração harmoniosa no plano conceitual, diferenças existem quanto à nomenclatura utilizada para denominar a modalidade contratual (1995, p. 13)

No seu entender, quando os contratantes não discutem o conteúdo negocial, e, não há possibilidade de alterá-lo, verifica-se o contrato por adesão. O contrato de adesão é recorrente, na Administração Pública, às concessionárias de serviços que se encontram em oferta constante ao público de seus serviços e bens. Assim, no contrato de adesão, uma das partes adere compulsoriamente às disposições contratuais nele contidas, independentemente de sua vontade, enquanto, no contrato por adesão, a parte adere as suas disposições conforme sua conveniência e interesse.

A característica comum de ambos é a aderência, por um dos contratantes, às cláusulas e condições impostas unilateralmente pelo outro. Diferenciam-se, porém, pelo fato de que no contrato por adesão, o aderente tem absoluta liberdade de contratar ou não, enquanto, no contrato de adesão, o aderente é compulsoriamente obrigado a contratar ou rejeitar inteiramente o contrato.

No Brasil, a nomenclatura considerada adequada pelo legislador pátrio foi contrato de adesão, reservando ao mesmo um enquadramento no Código Civil, em seus artigos 423 e 424, cuidando, inclusive de conceituá-lo, no artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 54 Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (BRASIL, 1990).

Esse tipo de contrato possui elementos caracterizadores que o definem ou não como contrato de adesão.

3.1.1 Elementos Caracterizadores do Contrato de Adesão.

Para a progressão dessa modalidade contratual é preciso a identificação de elementos típicos como próprios desta figura jurídica.

Maria Helena Diniz pontua que os contratos de adesão supõem:

- 1º) uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta. A uniformidade é uma exigência imprescindível, pois, se o ofertante pretende obter número indeterminado de aderentes para que haja aceitação passiva, será precioso que o conteúdo do contrato seja variável. A predeterminação unilateral das cláusulas contratuais e a rigidez das condições gerais caracterizam os contratos por adesão. As suas cláusulas deverão ser rígidas, por que deverão ser uniformes; portanto, o ofertante não poderá alterar o teor da políctação senão precedendo-o de ampla divulgação ou aprovação das autoridades (nas hipóteses em que estas controlem tais contratos, como ocorre com as tarifas de transportes, de serviços de luz, telefone etc.). Esses três traços possibilitarão identificar esses contratos;
- 2º) proposta permanente e geral, aberta a quem se interessar pelos serviços do proponente, dirigindo-se a um grupo indeterminado de pessoas. Assim sendo, o contrato se forma com qualquer pessoa, a não ser naqueles casos em que se permitem ressalvas, como, p. ex., no da empresa de transporte, que não pode ser obrigada a admitir passageiro além da lotação do veículo;
- 3º) aceitação pura e simples do oblato, simplificando, desse modo, a maneira de produzir-se o consentimento;
- 4º) superioridade econômica de um dos contratantes, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito;
- 5º) cláusulas do contrato são predispostas e fixadas unilateralmente e em bloco pelo políctante, visto que se dirigem a um número indeterminado de pessoas. É certo que o contrato de adesão é praticável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a pluralidade de situações uniformes, de modo que, sob esse aspecto, é, com efeito, oferta feita a uma coletividade. A necessidade de uniformizar as cláusulas do negócio jurídico elimina a possibilidade de qualquer discussão da proposta, criando para o oblato o dilema de aceitá-lo em bloco ou rejeitá-lo. Nada disso o distingue, porquanto, tais características são comuns a outras figuras jurídicas, como o contrato-tipo, em série ou por formulário e dos contratos obrigatórios (seguro obrigatório) (1996, p. 13).

É certo que o contrato de adesão é praticável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a pluralidade de situações uniformes, de modo que, sob esse aspecto, é, com efeito, oferta feita a uma coletividade. A necessidade de uniformizar as cláusulas do negócio jurídico elimina a possibilidade de qualquer discussão da proposta, criando o dilema de aceitá-lo em bloco ou rejeitá-lo.

O objetivo do estipulante é obter, do maior número possível de contratantes, o mesmo conteúdo contratual, para uma racionalidade de sua atividade e segurança das relações estabelecidas, daí a característica da uniformidade.

Porém, só a uniformidade não é suficiente para se considerar um contrato como de adesão, pois é imprescindível que tais cláusulas uniformes sejam impostas por uma das partes,

o que justifica a característica da predeterminação unilateral, já que a fixação das cláusulas é feita anteriormente a qualquer discussão sobre a avença.

Além de uniformemente predeterminada, não é possível rediscutir as cláusulas do contrato de adesão, sob pena de descaracterizá-lo, aí surge a rigidez.

Por fim, indispensável à característica da posição de vantagem (superioridade material) do proponente, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito. Note-se que embora a expressão superioridade econômica seja mais usada, a concepção de superioridade material se mostra mais adequada, uma vez que é em função de tal desigualdade fática que faz com que possa ditar as cláusulas aos interessados. É o exemplo de alguém que, embora não sendo considerado um potentado econômico, seja o detentor do monopólio de exploração de determinado produto ou serviço, pelo que, no campo dos fatos, sua vontade prevalece sobre a dos aderentes, ainda que mais forte economicamente.

Assim, pela sua característica limitadora da liberdade contratual, pelo menos na sua concepção clássica, a interpretação do contrato de adesão não poderia dar-se da mesma forma que um contrato paritário tradicional.

4 DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Como qualquer relação de consumo, as compras realizadas via internet também são passíveis de diversas discussões, mas abordaremos somente o direito de arrependimento do consumidor, que está previsto no artigo 49 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) :

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento ou produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio (BRASIL, 1990).

Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho:

Código ao referir-se às contratações, especialmente por telefone ou a domicílio, o fez de modo exemplificativo (*numerus apertus*), razão pela qual sujeita-se também ao direito de arrependimento toda e qualquer contratação celebrada fora do estabelecimento comercial, o que inclui, *ipso facto*, as que venham a ser realizadas através de fax, videotexto, mala direta, e-mail, etc. (2008, p. 135-136).

4.1 EVOLUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O texto do Código ainda é o original do Projeto de Lei nº 97/1989 do Senado Federal, de que resultou o CDC, razão pela qual não há menção às compras feitas pela *internet*, de forma expressa. Tal conclusão se chega, a toda evidência, por ser o texto da Lei claro ao afirmar que tal direito socorre todo àquele que realizar negócio jurídico “fora do estabelecimento comercial”. Além disso, o Decreto nº 7.962/2013 regulamenta alguns dispositivos do CDC, principalmente para torná-lo eficiente frente às inovações tecnológicas, inexistente no início da década de 90.

Segundo Cláudia Lima Marques:

O direito de arrependimento foi instituído para proteger a declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, de forma a resguardá-la das técnicas agressivas de vendas a domicílio (2013, p. 12).

A justificativa cabível para o consumidor exercer o direito de arrependimento, segundo Carlos Eduardo Mendes de Azevedo, justifica-se porque:

[...] ao comprar fora do estabelecimento comercial, o consumidor fica privado de melhor examinar o produto ou serviço que está consumindo, podendo assim ser surpreendido com a entrega de um produto ou prestação de um serviço muito abaixo das suas expectativas, em total ou parcial desconformidade com a oferta publicitária (2006, p. 17).

Não é necessário que o produto esteja com defeito de fabricação, de projetos etc., nem pode o fornecedor exigir que o consumidor informe a razão pela qual está devolvendo o produto.

Ensina Garcia:

O direito de arrependimento não está vinculado a qualquer vício do ou serviço ou ainda a qualquer justificativa por parte do consumidor. Ou seja, o direito de desistir do negócio celebrado é imotivado. Qualquer explicação que o consumidor der a respeito dos motivos da desistência, além de ser voluntário, servirá apenas para que o fornecedor saiba, a título de coleta de dados e para sua pesquisa, o porquê do consumidor estar desistindo do produto e serviço (2010, p. 300).

O produto a ser devolvido não poderá ter sido usado, muito menos poderá estar danificado. A rejeição deverá ocorrer pelas mesmas razões que ocorreria caso o consumidor tivesse contato com o produto antes de adquiri-lo, e não pela insatisfação decorrente do uso, conforme cita exemplo de julgado do TJ-SP:

Ementa: APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE APARELHO DE AR CONDICIONADO EFETUADA POR TELEFONE. CONSUMIDOR QUE SE ARREPENDEU DA COMPRA NO PRAZO DO ART. 49 DO CDC . EMBALAGEM QUE FOI VIOLADA, COM INSTALAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO PRODUTO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO ABSOLUTO. PARTES QUE DEVEM RETORNAR AO "STATUS QUO ANTE". NECESSIDADE DE DEDUÇÃO DO VALOR A SER DEVOLVIDO DE QUANTIA REFERENTE À DESVALORIZAÇÃO DO PRODUTO. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A desistência formulada pela autora de permanecer com o produto adquirido da ré, dentro do período de sete dias, permite o desfazimento do negócio de compra e venda realizado por telefone. Essa previsão encontrada no art. 49 do CDC, garante ao consumidor exercer o direito de arrependimento nas contratações celebradas fora do estabelecimento comercial (telefone, domicílio ou comércio eletrônico). Ocorre que a intenção do legislador no dispositivo analisado é que as partes retornem ao "status quo ante", com a devolução da mercadoria nas mesmas condições em que foi recebida, devendo a vendedora ressarcir o preço pago durante o prazo de reflexão. É incontroverso que a autora não apenas abriu a embalagem do produto, mas o instalou e utilizou. Assim, a consumidora ainda pode exercer seu direito de arrependimento, pois ele é absoluto. No entanto, o ordenamento jurídico veda o enriquecimento sem causa, motivo pelo qual deve ser realizada a respectiva dedução do valor a ser devolvido da quantia referente à desvalorização do produto, a ser apurado em liquidação TJ-SP - Apelação APL 11103695020148260100 SP 1110369-50.2014.8.26.0100 (TJ-SP).

O direito de arrependimento ou prazo de reflexão justifica-se pela aparência de necessidade imediata que a prática do *marketing* agressivo causa no consumidor, além da inexistência de prévio contato do consumidor com o produto ou serviço adquirido, não podendo testá-lo, apalpá-lo, cheirá-lo, manuseá-lo etc. O consumidor fica limitado ao conhecimento do produto através da publicidade disponível nos *sites* da Internet, conforme preceitua o CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (BRASIL, 1990).

Nesse sentido é correto afirmar que, o dever de informação previsto na legislação deve ser amplamente observado e cumprido. Deve ser informado de maneira clara, correta e precisa: as características do produto, sua quantidade, qualidade, especificações técnicas, além dos riscos à saúde e segurança, assegurando o conhecimento detalhado do produto ou serviço pelo consumidor, viabilizando uma aquisição segura.

Também devem ser apresentadas de forma transparente e objetiva as diretrizes para dirimir de maneira eficaz os conflitos decorrentes desse tipo de contratação, através de canais de atendimento viáveis.

Este princípio encontra laços na legislação francesa na Lei de 6.1.88, sobre a qual cita Jean Callais-Auloy:

Por que, nas vendas a distância, o comprador faz a encomenda por meio de simples imagens ou descrições, arriscando-se, assim, ao receber o produto que não corresponda ao esperado. É após a entrega que ele poderá julgar o produto e, conforme o caso, concluir a venda ou não (1992, p. 19).

Por outro lado, existe posicionamento contrário, como por exemplo, o de Fabio Ulhôa Coelho, que entende que a vulnerabilidade do consumidor virtual não é menor do que a do consumidor no meio tradicional e que a acessibilidade não é uma diferença capaz de descaracterizar o estabelecimento virtual como estabelecimento comercial e, assim, considera fora do razoável a aplicação do direito de arrependimento a qualquer ato consumerista no comércio eletrônico. Para o autor, o site consiste em um estabelecimento comercial, mesmo que seja virtual, do fornecedor (COELHO, 2000). Para iluminar a ideia, o autor traça o seguinte discernimento:

A distinção entre o estabelecimento físico e o virtual depende do meio de acesso dos consumidores e adquirentes interessados nos produtos, serviços ou virtualidades que o empresário oferece ao mercado. Se o acesso é feito pelo deslocamento deles no espaço até o imóvel em que se encontra instalada a empresa, o estabelecimento é físico; se acessado por via de transmissão eletrônica de dados, é virtual. Note que o comércio eletrônico não torna obsoleto o conceito de *e-estabelecimento*: também um empresário que deseja operar exclusivamente no ambiente virtual reúne bens tangíveis e intangíveis indispensáveis à exploração da atividade econômica. A livraria eletrônica deve ter livros em estoque, e equipamentos próprios a transmissão e recepção de dados e imagens, marca, etc. A imaterialidade ínsita ao estabelecimento virtual não se refere aos bens componentes (que são materiais ou não, como em qualquer estabelecimento), mas à acessibilidade... Entendia-se que o consumidor, ao se deslocar até a loja ou escritório do fornecedor de bens ou serviços, presumivelmente já havia refletido o suficiente sobre a utilidade ou necessidade deles e colhido informações sobre qualidade e preço dos concorrentes. Por essa razão, considerou-se que, sendo o ato de consumo realizar fora do estabelecimento do fornecedor, o consumidor deveria ser protegido contra a possibilidade do *marketing* agressivo.

Conclui-se então que:

O artigo 49 do CDC não deve ser aplicado ao comércio eletrônico, porque não se trata de um negócio concretizado fora do estabelecimento do fornecedor. O consumidor está em casa, ou no trabalho, mas acessa o estabelecimento virtual do empresário; encontra-se, por isso, na mesma situação de quem se dirige ao estabelecimento físico. O direito de arrependimento é reconhecido ao consumidor apenas nas hipóteses em que o comércio eletrônico e emprega *marketing* agressivo. Quando *website* é desenhado de modo a estimular o internauta a precipitar-se nas compras, por exemplo, com a interposição de chamativos ícones movimentados, em que as promoções sujeitam-se a brevíssimos prazos, assinalados como relógios de contagem regressiva, então é aplicado o art. 49 do CDC. Caso contrário, se o *website* não ostenta nenhuma técnica agressiva, o direito de arrependimento não se justifica (COELHO, 2000, p. 49).

Nessa mesma linha de pensamento, Ricardo Luis Lorenzetti (2001) entende que se o site apresenta imagens, dimensões, cores, e outros dados que venham a demonstrar fidedignamente como é o produto em sua realidade, não há de se falar em prazo de reflexão para exercício do direito de arrependimento, somente nos casos de propaganda abusiva, na qual o consumidor compra no “impulso”.

É comum que os sites de *e-commerce* fixem suas próprias diretrizes de troca e devolução de produtos. Mas, infelizmente, é comum observarmos disposições que vão de encontro aos preceitos protecionistas previstos em Lei, principalmente no Código de Defesa do Consumidor. Assim, observamos empresas que estabelecem que a devolução da quantia só ocorrerá dentro de 20, 30 ou até mesmo 60 dias úteis, prazo este que começará apenas a partir do recebimento da mercadoria devolvida, que ainda passará por uma análise de controle de qualidade, antes da “aprovação” da devolução, sendo estas condutas ilegais.

Observamos, também, em certos contratos, que alguns produtos não admitiriam a devolução, como, por exemplo, produtos em promoção, em liquidação etc. Tais cláusulas são consideradas abusivas por força do que dispõe o art. 51 do CDC e seus incisos, sendo, portanto, nulas de pleno direito.

Com a intenção de manter o CDC atualizado com as demandas sociais, em 2010, o então presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP), convocou uma comissão de juristas para modernizar o Código de Defesa do Consumidor.

Em 2012, os trabalhos da Comissão viraram três projetos de lei: o PLS 281/12, que dispunha sobre o comércio eletrônico; PLS 282/12 que tratava das ações coletivas (tirado de pauta) e o PLS 283/13 que normatizava o superendividamento.

O PLS 281/12 tem como foco aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I e do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Assim, teve como um dos temas cruciais o direito de arrependimento, também conhecido como prazo de reflexão. Nesse contexto, a Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor, acolheu, num primeiro momento, a emenda nº 20 do senador Rodrigo Rollemberg (PSB-DF), que propunha o alargamento do prazo de reflexão e arrependimento do consumidor pela experiência de outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do que ocorreu na Argentina e na Europa, de forma a permitir que o consumidor, como na tradição dos direitos norte-americanos, tenha dois finais de semana para refletir (*cooling off period*), pois o prazo de sete dias se demonstrou curto em demasia.

Porém, conforme relatório do Senado, o prazo atual previsto no CDC, de 7 (sete) dias tem se mostrado plenamente suficiente e adequado para o consumidor brasileiro averiguar se o produto ou serviço contratado corresponde com a oferta. Diante disso, foi suprimida a alteração e mantida a redação original sugerida pela Comissão de Juristas.

Por isso, veio a regulamentação acerca da contratação no comércio eletrônico no âmbito do Direito do Consumidor, o que se deu através do Decreto nº 7.962/2013, editado com o fim de regulamentar a contratação do comércio eletrônico. O referido decreto não promoveu mudanças no texto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas sanou inúmeras controvérsias até então existentes a essas modernas relações.

Dispõe o art. 1º do Decreto em exame que a contratação no comércio eletrônico deve abranger os seguintes aspectos: informações claras a respeito do produto e serviço do fornecedor, atendimento facilitado ao consumidor e respeito ao direito de arrependimento.

Por essa razão, imperioso é que o fornecedor, na loja virtual em que é feita a oferta, disponibilize ao consumidor todas as informações necessárias do produto ou serviço

ofertado para que ele possa discernir sobre a verdadeira necessidade ou utilidade do bem posto à sua disposição.

4.2 DESPESA DO FRETE

Um fator que deve ser analisado é o que se refere à despesa com o envio do produto ao consumidor, e no caso do exercício do direito de arrependimento, o custo com o frete da devolução do produto.

Jean Carlos Dias entende que:

Poderá o prazo ser contado do recebimento do serviço ou produto, é evidente que, sendo em regra de interpretação mais favorável ao consumidor, servirá como dia inicial o que ocorrer por último. *Não estando o consumidor obrigado a arcar com possíveis despesas de transporte e envio dos produtos* (2004, p. 130, grifos do autor).

Posicionamento contrário, ao de Dias, é o de Ronaldo Alves Andrade:

O exercício do direito de recesso implica a resolução do contrato com a consequente reposição das partes do *stato quo ante*. Assim em respeito à equidade, por ter o fornecedor arcado com as despesas de envio, *cabe ao consumidor arcar com as custas da devolução* (2006, p. 115, grifos do autor).

Segundo as lições de Claudia Lima Marques, com amparo no artigo 6º da Diretiva 97/7 da Comunidade Europeia, nos casos de arrependimento:

[...] deve o fornecedor devolver (sem cobrança de qualquer valor ou taxa) todos os valores recebidos, *enquanto o consumidor suporta os custos da devolução física do produto ou serviço ao fornecedor*. A regra do art. 6º da Diretiva é naturalmente, bastante complexa, pois contempla os vários tipos de serviços, mesmo os de prestação à distância, excluindo apenas a possibilidade de arrependimento sem causa nos contratos envolvendo bolsa de valores, fornecimento de *software* e gravações de vídeo e áudio (se o selo de fechamento for retirado pelo consumidor), as assinaturas de jornais e revistas e contratos envolvendo jogos e loterias (2006, p. 155, grifos do autor).

Segundo estes últimos doutrinadores, é válido o exercício da cláusula resolutiva do contrato, mesmo o produto não possuindo qualquer tipo de vício, mas a despesa com frete, postagem do produto devem ser suportados pelo consumidor na devolução, em respeito ao princípio da equidade, já que o fornecedor arcou com a despesa de envio. Segundo eles o custo do frete da devolução não faz parte do risco da atividade, pois viria a inviabilizar as

transações com consumidores de regiões em que o frete fica elevado, e no caso de devolução do produto, a logística poderia ser excessivamente onerosa.

Porém, a doutrina dominante tem opinião diversa, entendendo que o custo do transporte do produto faz parte do risco da atividade, devendo o comerciante prever essa possível despesa decorrente do exercício do direito de arrependimento do consumidor.

Portanto, em caso de desistência da compra, quem arca com a despesa de entrega e devolução do produto é o comerciante, conforme decidido pela 2ª turma do STJ:

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDOTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. 1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1340604 RJ 2012/0141690-8 (STJ).

O relator do caso, ministro Mauro Campbell Marques, afirmou no voto que aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento, legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio, tão comum nos dias atuais.

Esse processo discutiu a legalidade da multa aplicada à empresa por impor cláusula contratual que responsabilizava o consumidor pelas despesas com serviço postal decorrente da devolução de produtos, formando uma tese adotada em outros julgados.

Seguindo o que estabelece o parágrafo único do artigo 49 do CDC, os ministros entenderam que todo e qualquer custo em que o consumidor tenha incorrido deve ser ressarcido para que ele volte à exata situação anterior à compra. Assim, a Turma deu provimento ao recurso para declarar legal a multa imposta, cujo valor deveria ser analisado pela Justiça do Rio de Janeiro.

Ocorre que, na prática, produtos que não podem ser devolvidos por meio de postagem via correios, tornam-se objeto de transtornos, pois o consumidor ao comunicar a desistência da compra, não são obrigados a operacionalizar a devolução; é o vendedor quem deve agendar o recolhimento do produto, avisando o consumidor com antecedência do dia e horário marcado para tal. Porém em muitos casos esse recolhimento demora dias, semanas ou até meses, ficando o comprador responsável pelo produto.

Eletrodomésticos são os produtos com maior número de reclamação junto ao PROCON (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor), referente à demora ou não recolhimento do produto, e o motivo alegado pelas empresas é a logística na qual, em alguns casos, o frete chega a custar até 20% (vinte por cento) do valor do produto devolvido.

4.3 PASSAGEM AÉREA

Outra questão que ainda não tem jurisprudência firmada, refere-se ao exercício do direito de arrependimento nas compras de passagens aéreas pela internet. O IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) defende que o artigo 49 do CDC também deve ser aplicado a esse mercado, mas não é o que costuma acontecer na prática, segundo o instituto.

De acordo o PROCON do Estado de São Paulo, há empresas que trabalham com a opção de cancelamento da compra da passagem por meio do estorno da transação quando comprado via cartão de crédito e exercido o direito de arrependimento até 23h59m do dia da realização da compra. Não sendo no mesmo dia, há o reembolso em 30 dias com desconto de taxas e multas aplicáveis. Sendo todos esses procedimentos abusivos e ilegais. (PROCON, 2015).

Notou-se também que, além da aplicação divergente, há uma carência de informação sobre o exercício do direito de arrependimento junto aos *call centers* das empresas aéreas, por eles chamados de “lei do arrependimento”.

O PLS 281/12 prevê a inclusão no código do artigo 49-A para tratar especificamente de bilhetes aéreos. O texto estabelece que, nesse caso, o consumidor poderá ter prazo diferenciado para exercer o direito de arrependimento, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada da agência reguladora do setor.

A agência, no caso, é a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), que já vem fazendo estudos técnicos sobre o tema e pretende realizar audiências públicas para receber contribuições da sociedade. Por enquanto, a ANAC estabelece que é permitida a cobrança

de taxas de cancelamento e de remarcação de passagens, conforme previsão no contrato de transporte. A título elucidativo, a ANAC publicou seu posicionamento em 2013 no sentido de entender inaplicável o direito de arrependimento à aviação civil.

Neste mesmo ano, o jornal Folha de São Paulo publicou matéria noticiando que a ANAC quer adotar o direito de arrependimento para quem desistir da compra até 24h depois de fechado o negócio, beneficiando quem comprou por impulso ou engano, à semelhança do que já vem ocorrendo na prática comercial. Ainda, conforme a notícia, as empresas não poderiam cobrar nada pela desistência, desde que a viagem esteja marcada para uma data distante mais de sete dias do momento da compra, mas não há regulamentação que permita às empresas aéreas a procederem de tal forma.

Segundo o Sindicato da categoria, o direito de arrependimento constitui um risco às empresas aéreas por permitir a desistência de seu serviço já comercializado e contabilizado simplesmente por não haver previsão de limite temporal ao exercício de tal direito com relação à proximidade da efetiva prestação do serviço, ou seja, do voo. Da forma como hoje se põe o ordenamento, os 7 (sete) dias para o exercício do direito de arrependimento se dá mesmo quando o voo comprado ocorrer já no próximo dia.

O que se percebe é que a empresa aérea suportará todo o prejuízo por uma compra “desnecessária” do consumidor, correndo o risco de não ter tempo hábil para colocar o produto de volta no mercado, e inclusive com reembolso integral.

E mais, há que ser levada em consideração a repercussão econômica ao permitir o reembolso integral ao consumidor desistente do contrato, tendo em vista que as companhias aéreas suportariam todos os prejuízos da contratação provocada pela desistência unilateral e voluntária do consumidor, inviabilizando a reocupação dos assentos ociosos por outros passageiros.

Outra peculiaridade concernente à comercialização eletrônica da aviação civil é o fato de que uma agência de viagem é remunerada por uma taxa denominada DU referente ao serviço de assessoria e atendimento por ela prestados cujos valores são definidos pela Companhia Aérea. Nas companhias aéreas nacionais, a taxa é de R\$30,00 a R\$40,00 ou 10% do valor da passagem (o que for maior) e é paga pelo passageiro no ato da compra, podendo ser diluída no parcelamento caso o passageiro opte por esta forma.

Ora, efetuada a compra por intermédio de uma agência de viagem e realizado o pagamento da taxa DU em contraprestação por seus serviços de assessoria e atendimento, não pode o direito de arrependimento implicar na sua restituição, vez que tal serviço fora efetivamente prestado e não faz parte do serviço de transporte aéreo.

Do contrário, estar-se-ia privilegiando o consumidor e desequilibrando a relação com o fornecedor, objetivo que não faz jus ao comando legislativo das relações de consumo. O que se deve, no caso em questão, é corrigir e moldar a previsão legislativa do direito de arrependimento ao objeto aplicável.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já reconheceu a aplicabilidade do direito de arrependimento em caso de compra de passagem pela Internet:

COMPRA E VENDA. INTERNET. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PEDIDO DE CANCELAMENTO. CARTAO DE CRÉDITO. COBRANÇA INDEVIDA. Apelação Cível. Consignação em pagamento. Compra pela internet de pacote de viagem. Pedido de cancelamento dentro do prazo de reflexão. Denúncia vazia do contrato de consumo. Cobrança indevida das parcelas pela administradora de cartão de crédito. Declaração de inexistência do débito. Procedência da consignação. 1. O "caput" do artigo 49 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor resguarda o direito de arrependimento da declaração de vontade do consumidor manifestada no ato de celebração da relação jurídica, bastando, para tanto, que o contrato tenha sido celebrado fora do estabelecimento comercial e que o contratante o exerça dentro do prazo de reflexão de sete dias. 2. O direito de arrependimento pode ser exercido unilateralmente, mostrando-se prescindível, para tanto, a concordância da empresa contratada, pois não se pode transferir o risco do negócio ao consumidor, nem lhe exigir que busque o desfazimento do negócio por via judicial, sob pena de se transformar o texto legal em letra morta. É hipótese de rescisão unilateral do contrato. 3. Indevida a cobrança e regulares os depósitos consignados judicialmente, impõe-se a procedência do pedido, para declarar a inexistência dos débitos cobrados nas faturas dos meses de fevereiro a setembro de 2005, no patamar excedente ao que foi consignado em juízo, autorizando-se ao réu levantar os depósitos, com inversão dos encargos da sucumbência. 4. Provimento do recurso (TJRJ, Décima Quarta Câmara Cível, AC Nº. 2006.001.42097, Rel. Des. José Carlos Paes - Julgamento: 17/08/2006).

Outros julgados:

COMPRA E VENDA. INTERNET. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PEDIDO DE CANCELAMENTO. CARTAO DE CRÉDITO. COBRANÇA INDEVIDA. Apelação Cível. Consignação em pagamento. Compra pela internet de pacote de viagem. Pedido de cancelamento dentro do prazo de reflexão. Denúncia vazia do contrato de consumo. Cobrança indevida das parcelas pela administradora de cartão de crédito. Declaração de inexistência do débito. Procedência da consignação. 1. O "caput" do artigo 49 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor resguarda o direito de arrependimento da declaração de vontade do consumidor manifestada no ato de celebração da relação jurídica, bastando, para tanto, que o contrato tenha sido celebrado fora do estabelecimento comercial e que o contratante o exerça dentro do prazo de reflexão de sete dias. 2. O direito de arrependimento pode ser exercido unilateralmente, mostrando-se prescindível, para tanto, a concordância da empresa contratada, pois não se pode transferir o risco do negócio ao consumidor, nem lhe exigir que busque o desfazimento do negócio por via judicial, sob pena de se transformar o texto legal em letra morta. É hipótese de rescisão unilateral do contrato. 3. Indevida a cobrança e regulares os depósitos consignados judicialmente, impõe-se a procedência do pedido, para declarar a inexistência dos débitos cobrados nas faturas dos meses de fevereiro a setembro de 2005, no patamar excedente ao que foi consignado em juízo, autorizando-se ao réu levantar os depósitos, com inversão dos encargos da sucumbência. 4. Provimento do recurso (TJRJ, Décima Quarta

Câmara Cível, AC Nº. 2006.001.42097, Rel. Des. José Carlos Paes - Julgamento: 17/08/2006).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. COMPANHIA AÉREA E AGÊNCIA DE TURISMO. COMPRA DE PASSAGENS PELA INTERNET. ART. 49 DO CDC. DIREITO DE REFLEXÃO OU ARREPENDIMENTO. APLICABILIDADE. PEDIDO DE CANCELAMENTO QUANDO JÁ ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. SÚMULA Nº 75 DO TJRJ. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS. Ação repetição de indébito c/c indenização por danos morais fundada em retenção indevida de parte do valor do bilhete em virtude cancelamento da compra. A compra de bilhete de transporte aéreo pela internet não difere de qualquer outra contratação de produto ou serviço online: a modalidade agressiva de venda fora do estabelecimento está na atratividade das campanhas de marketing veiculadas na própria página inicial do site, em anúncios publicitários em outras páginas da web ou enviados por e-mail através do sistema de mala direta eletrônica. Ao que se infere dos autos, o autor solicitou o cancelamento da compra apenas no dia 03/10/2014, ou seja, cerca de 18 dias após tê-la efetuado, quando já ultrapassado o prazo previsto no art. 49 do CDC. Assim, em não sendo exercido o direito de arrependimento dentro do prazo de reflexão (7 dias), é lícita a retenção de parte do valor do bilhete, além da cobrança da taxa de cancelamento da passagem aérea. Valor retido - R\$ 782,00 - que se revela abusivo, eis que representa cerca de 59% do valor do bilhete (R\$ 1.326,00), o que configura vantagem exagerada para o fornecedor, conforme preceitua o art. 51, IV do CDC, notadamente pelo fato de que o cancelamento ocorreu com prazo razoável a possibilitar a disponibilidade da passagem aérea para nova venda. Dano moral não configurado. Reforma da sentença para determinar a devolução, na forma simples, da diferença do valor da passagem cancelada, deduzido o percentual de 5% relativo à multa pelo cancelamento, devendo os juros incidir desde a citação e a correção monetária a partir do efetivo prejuízo, consoante entendimento sumulado no enunciado 43 do STJ. PROVIMENTO PARCIAL TJ-RJ - APELAÇÃO APL 05063037720148190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 47 VARA CÍVEL (TJ-RJ).

O maior defensor da não aplicabilidade do artigo 49 do CDC é Fabio Ulhôa Coelho, que entende que a relação resultante da compra de passagem aérea é de um contrato de transporte, portanto regido pelo artigo 740, § 3º, do Código Civil.

A tendência dos tribunais é favorecer o consumidor, enquanto a ANAC preserva os interesses de empresas aéreas, por entender que a venda realizada no comércio eletrônico em nada se difere daquela feita no próprio estabelecimento.

Mas, como não há consenso entre os doutrinadores da efetiva aplicabilidade do direito de arrependimento, no prazo legal previsto, nas compras de passagens aérea via internet, o tema carece de uma melhor adequação legislativa para que se torne pacífico.

4.4 COMÉRCIO INTERNACIONAL

Em vista da possibilidade de conflito legislativo entre os países envolvidos em determinada relação de comércio, no nosso caso o *e-commerce*, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e os países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento

Econômico (OCDE), reconheceram a necessidade de implementação de uma política geral com vistas à solução dessa problemática.

Essas indagações surgem em virtude da relação de consumo estabelecida, já que quando se realiza uma transação internacional pela internet, tem-se que o fornecedor esteja situado em outro país, isto é, estamos diante de um direito estrangeiro, diferente do direito do consumidor brasileiro. Logo, se o consumidor estiver estabelecido no Brasil e o fornecedor tenha sede em outro país ou não tenha filiais ou representantes em território brasileiro, o consumidor poderá encontrar alguma dificuldade para ter seu direito resguardado.

O direito brasileiro possibilita, com base no artigo 21 do Novo Código de Processo Civil, que a ação seja proposta no Brasil ou perante um Tribunal estrangeiro:

Art.21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que
:
I – o réu, qualquer que seja a nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
III – no fundamento seja fato ocorrido ou praticado no Brasil.
Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.
(BRASIL, 2015).

Neste mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 101, inciso I, tratou de reforçar a competência dos tribunais nacionais caso seja necessário demandar um fornecedor estrangeiro:

Art.101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:
I – a ação pode ser proposta no domicílio do autor (BRASIL, 1990).

Assim, resta entendido que cabe ao consumidor lesado a escolha do lugar onde proporá a ação. Todavia, outra questão pertinente é com relação à legislação a ser adotada.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 9º, §2º, ensina que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente desta, isto é, torna-se aplicável a lei estrangeira, do país fornecedor do produto ou serviço.

Esse entendimento provém da precaução adotada para que não haja desestimulação do *e-commerce*, pois se os fornecedores tivessem que se atentar às leis de cada país, seria instalado o caos sobre o comércio eletrônico, tornando-o excessivamente oneroso.

Todavia, ainda considerando o disposto na Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o seu artigo 17 prevê que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Por conseguinte, no intuito de proteger o consumidor brasileiro face à sua hipossuficiência, o legislador optou por atribuir ao Código de Defesa do Consumidor a natureza de ordem pública, o que permite o afastamento da aplicabilidade da lei estrangeira e devida aplicação na legislação pátria.

Entretanto, há de se advertir que, muito embora seja o fornecedor estrangeiro condenado pela Justiça brasileira a indenizar um consumidor brasileiro, a garantia de sucesso dessa decisão somente será alcançada, após observados os requisitos previstos na legislação estrangeira para sua internalização, o que comumente não é vantajoso ao consumidor brasileiro, pois além de dispendiosas, tais decisões, por vezes, carecem de efetividade.

O que de fato seria vantajoso e respeitaria o princípio da celeridade processual é a uniformização da legislação no que concerne ao comércio eletrônico internacional, de modo a agregar o maior número de países possível, evitando conflitos.

Diante deste cenário, o consumidor deve sempre se ater as informações prestadas no site, se é confiável e seguro a fim de se evitar transtornos futuros, já que ainda não há uma legislação unificada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O notável avanço nas tecnologias revolucionou as formas de organização e relacionamento da sociedade. A Internet ampliou as possibilidades de comunicação, compartilhamento de informações e as formas negociais.

Como abordado, o contrato eletrônico não é um novo tipo de contrato, mas sim um novo meio de formalizar o contrato, sendo possível adotá-lo sempre que a lei não exigir forma especial, como seria o caso da compra e venda de um bem imóvel, na qual se exige a formalização através de escritura pública.

Sem prejuízo da observação de outros princípios, a presença da boa-fé objetiva é requisito dos mais importantes nas relações de comércio eletrônico, pois as partes, em geral, não estão presentes e não se conhecem, e ainda, na grande maioria dos casos, as partes estão muito distantes umas das outras.

Foi observado, através deste estudo, que a grande maioria dos contratos eletrônicos de consumo se enquadra no tipo de contrato de adesão. Nas transações virtuais, muitas vezes o consumidor nem tem conhecimento prévio das cláusulas pré-estabelecidas, e quando tem, não lhe é permitido alterar ou discutir os termos previstos.

O Direito não avançou na mesma velocidade, mas é certo que os operadores do Direito e doutrinadores buscam indicar soluções para a falta de legislação específica para regular os negócios formalizados através da Internet, também denominados transações digitais.

Neste trabalho, que não teve a pretensão de esgotar o tema, mas sim de analisar alguns pontos específicos do comércio eletrônico, principalmente no que se refere ao exercício do direito de arrependimento nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial do fornecedor, em especial nas compras feitas via *e-commerce*, pois poucos sabem da existência desse direito e as condições necessárias para reivindicá-lo.

Essa desistência consiste em verdadeira resilição unilateral por parte do consumidor, sem ônus, bastando sua declaração nesse sentido, que deve ser realizada dentro do prazo legal de 7 (sete) dias, conforme previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sob pena de decadência. Portanto, com base nos estudos empreendidos nesta monografia, demonstra que para sua aplicabilidade, embora expresse a necessidade de uma melhor regulamentação em lei, a norma encontra os meios necessários a sua realização.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor**. Barueri: Manole, 2006.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico**. São Paulo: Impetus, 2004.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O Consumidor e seus Direitos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. **Lei Nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 11 de out. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10406.htm>. Acesso em: 11 de out. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L13105.htm>. Acesso em: 11 de out. 2016.

BRUNO, Gilberto Marques. **As relações do ‘business-to-consumer’ (B2C) no âmbito do ‘e-commerce’**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2319/as-relacoesdo-business-to-consumer-b2c-no-ambito-do-e-commerce>>. Acesso em: 20 de nov. 2016.

CALLAIS-AULOY, Jean. **Venda fora do estabelecimento comercial e venda a distância no direito francês**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor. 1992. set/dez. 26 p. v.3.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 1. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2000.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de direito civil português: volume 1: parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORREA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 3. ed. São Paulo: SARAIVA, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no Ambiente Virtual**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.3. São Paulo: Saraiva, 1996.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JÚNIOR, Marco Antônio. **Direito do consumidor: difusos e coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LIMA, Eduardo Weiss Martins de. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Direito de Consumir**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º a 54). 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil (dos contratos e das declarações unilaterais da vontade)**. V.3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHMITT, Marco Antonio. **Contratações à distância**. A diretiva 97/7 da Comunidade Européia e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 1998.jan/mar. 79 p.

SMITH, Rob. **O Mais Completo Guia Sobre E-Commerce**. 1. ed. São Paulo: Futura, 2000.